Streitigkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD
LIBR BAT
BIBL.

vorgelegt von

Herbert Wocke
aus Breslau
Referendar am kgl. Amtsgericht zu Ohlau.

Approbiert am 4. Juni 1908.

Breslau
Schlesische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. b. H.
1908.

29

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

SEINEN LIEBEN ELTERN.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0139

Inhaltsverzeichnis.

		Seite.
§ 1.	Einleitung	7—11
§ 2.	Geschichtliche Entwickelung des Konkursverfahrens .	11—14
§ 3.	Charakter des Konkursverfahrens	14—19
§ 4.	Rechtliche Stellung des Konkursverwalters	19—27
§ 5.	Fortsetzung	27—30
§ 6.	Möglichkeit eines Rechtsstreits zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter	30—33
§ 7.	Rechtliche Natur der Inbesitznahme der Konkursmasse durch den Konkursverwalter	34—40
§ 8.	Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter darüber, ob gewisse Gegenstände des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehören, gemäss § 766 ZPO. und §§ 72, 73 KO. durch Beschluss des Konkursgerichts	40—44
§ 9.	Ausschluss des Klageweges	44—46
§ 10.	Frage der Anwendbarkeit des § 83 KO.	46—48

§ 1.
Einleitung.

Mit dem Wort „Gemeinschuldner“ (Gantschuldner, Cridar) wird der regelmässig zahlungsunfähige Schuldner bezeichnet, gegen den das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Unter dem Konkursverfahren versteht unsere Gesetzgebung „ein besonders geregeltes, gerichtliches Verfahren zwecks gemeinschaftlicher und gleichmässiger Befriedigung aller Gläubiger aus dem zur völligen Befriedigung vermutlich nicht ausreichenden Vermögen ihres Schuldners“[1]). Nur in dem durch § 1 der Reichskonkursordnung begrenzten Umfange unterliegt das Vermögen des Gemeinschuldners dem Verfahren und heisst, soweit es nach diesem Gesetz Objekt der Befriedigung der Gläubiger ist, „Konkursmasse“.

Für Konkursmasse erklärt der § 1 das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung zusteht, zu welchem im Falle des § 2 KO. noch das Gesamtgut hinzukommt. Dem Zwecke des Verfahrens, gemeinschaftlicher Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, die ein zur Zeit der Eröffnung begründeten vermögensrechtlichen Anspruch an den Gemeinschuldner haben (§ 3 KO.) entspricht es, dass zur Konkursmasse nur das Aktivvermögen des Gemeinschuldners gehört und zwar diejenigen Sachen und Rechte, welche verwertbar sind. Bloss das Vermögen, nicht die Person des Gemeinschuldners selbst noch seine Arbeit und Arbeitskraft werden vom Konkursverfahren betroffen. Rechte aus dem Stande und der Familienzugehörigkeit, sowie das Namenrecht

[1]) Seuffert, Konkursprozessrecht, S. 1; Kohler, Leitfaden, S. 1; Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, S. 383; derselbe in Birkmeyers Encyklopädie, S. 715.

(§ 12 BGB.) und daher das Recht zur Führung des kaufmännischen Namens, der Firma (§ 17 f. HGB.)[1]), sind nicht Vermögensrechte, sind deshalb weder pfändbar noch bilden sie Bestandteile der Konkursmasse. Dagegen ist Vermögen des Gemeinschuldners das Warenzeichen als Zubehör des Geschäfts, das Patent- und Urheberrecht, welches jedoch nach dem Reichsgesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst, vom 19. Juni 1901 § 10 und dem Reichsgesetz vom 9. Januar 1907 § 14, nur mit Einwilligung des Urhebers und nach dessen Tode dann gepfändet werden kann, wenn das Werk erschienen ist. Da das Konkursverfahren nur das einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen umfasst, sind die beweglichen Sachen und Ansprüche, welche nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung z. B. der §§ 811, 850, 851, 852, 857 Abs. 3 oder nach den Bestimmungen anderer Reichsgesetze wie der Arbeiterversicherungsgesetze oder des Postgesetzes vom 28. Oktober 1871 § 5 oder dem § 377 BGB. nicht gepfändet werden dürfen und sollen (§ 1 Abs. 4 KO.), nicht Konkursmassegegenstände; doch bleiben nach § 1 Abs. 2, 3 KO. einige Beschränkungen des Pfändungsrechtes im Konkurse unberücksichtigt. Als unbewegliches Vermögen gehört zur Konkursmasse, was nach den §§ 864, 865 ZPO. der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegt. Die Konkursmasse wird ferner von dem Vermögen des Gemeinschuldners, nicht dem Vermögen dritter Personen gebildet. Allein bloss dasjenige beschlagsfähige Vermögen, welches dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung (§ 108 KO.) gehört, ist Bestandteil der Konkursmasse und zwar mit den zu dieser Zeit vorhandenen Lasten und Beschränkungen. Der Neuerwerb also, d. h. alles von dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung Erworbene ist nach dem Vorbild der Hannöverschen Prozessordnung vom 8. November 1850 der Konkursbeschlagnahme entzogen. Deshalb fällt das Beamtengehalt, welches für eine

[1]) RG. in Zivils., Bd. 9 S. 104, Bd. 58 S. 169; J.W. 1902 S. 95 Nr. 25; abweichend Kohler, Leitfaden, S. 242.

Tätigkeit nach Eröffnung des Konkurses gefordert wird, in Anbetracht des Umstandes, dass das Gehalt ein Entgelt für geleistete Dienste ist (RG. Bd. 12S. 192), nicht in die Konkursmasse. Dagegen bildet der aufschiebend bedingte und befristete Erwerb sowie die Nutzungen des gemeinschuldnerischen Vermögens einen Bestandteil der Masse. Das zur Konkursmasse gehörige Vermögen hat der Konkursverwalter, ein öffentliches Organ zur Durchführung des Konkurszweckes[1]), sofort nach der Konkurseröffnung in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerten (§ 117 KO.). Dabei kann es leicht zu Streitigkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter kommen, indem der Gemeinschuldner der Ansicht ist, dass Gegenstände, d. h. Sachen oder Rechte, welche der Konkursverwalter in Besitz genommen hat, nicht zur Konkursmasse gehören, oder wenn der Konkursverwalter irrtümlicherweise konkursfreie Gegenstände zur Masse einbezogen hat. Wie aus der Untersuchung, was Konkursmasse ist, hervorgeht, kann der Gemeinschuldner die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse bestreiten, weil dieser nicht pfändbar ist oder nicht gepfändet werden soll, oder weil er ihm zur Zeit der Konkurseröffnung nicht gehörte, sondern Neuerwerb ist, oder schliesslich, weil der Gegenstand einem Dritten zusteht, bzw. mit dem Recht eines dritten belastet ist. Die Frage steigt auf, ob nicht in diesen Fällen dem Gemeinschuldner ein Rechtsbehelf gegeben ist, mittels dessen er seine Einwendungen gegen die von Seiten des Konkursverwalters erfolgte Heranziehung zur Masse geltend machen kann. Welcher Rechtsbehelf ihm aber zusteht, wenn er sich auf die Unpfändbarkeit oder den Neuerwerb eines Gegenstandes beruft, und wie daher die in Frage stehenden Streitigkeiten entschieden werden, ist höchst bestritten. Nach der einen Ansicht[2]) werden sie ausschliesslich im

[1]) Wie unten § 5 nachgewiesen werden wird.

[2]) OLG. Stuttgart vom 15. Nov. 1894; Seufferts Archiv, Bd. 51, Nr. 249; OLG. Kolmar vom 2. Aug. 1895; Zeitschr. f. Elsass-Lothringen 1896, S. 30; OLG. Breslau vom 5. Febr. 1902; Mugdan, Rechtspr. d.

Wege einer dem § 766 ZPO. entsprechenden Erinnerung ausgetragen. Andere dagegen[1]) wollen derartige Streitigkeiten im Klagewege entschieden wissen, wenn der Konkursverwalter die Massegegenstände ohne Hilfe des Gerichtsvollziehers eigenmächtig in Besitz genommen hat, weil hier nicht eine Zwangsvollstreckung, sondern ein Verwaltungsakt vorläge. Wieder andere[2]) erachten in allen Fällen den Klageweg für gegeben, daneben wird auch noch die Zulässigkeit des Beschwerdeweges auf Grund § 83 KO. behauptet[3]).

Die Konkursordnung enthält bezüglich dieser Streitfragen keine Vorschriften. Wir finden nur im § 72 derselben bei der Beantwortung der Frage einen Anhalt. Dieser Paragraph besagt: „Die Vorschriften der Zivilprozessordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben, auf das Konkursverfahren „entsprechende" Anwendung." „Entsprechend" können aber die Vorschriften der Zivilprozessordnung nur angewendet werden, wenn der Gesamtcharakter des Konkursverfahrens, sowie die Stellung des Verwalters berücksichtigt und demnach die Inbesitznahme der Massegegenstände beurteilt wird.

OLG., Bd. 4, S. 165, Nr. 42; Fitting, Das Reichskonkursrecht, S. 171 und 75; v. Völderndorff, Die Konkursordnung des Deutschen Reiches, Bd. 1, S. 438/39; Wolff, KO., S. 31; derselbe, Zeitschr. für deutsch. ZP., Bd. 22, S. 227; v. Sarwey-Bossert, KO., S. 50 u. 78; Hellmann, Lehrbuch, S. 435; Seuffert, a. a. O. S. 280; Kohler, a. a. O. S. 236; Voss, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 34, S. 193 ff., 218 ff. und Leipziger Zeitschr. 1907, S. 270 ff. mit einer Modifikation.

[1]) RG. Bd. 37, S. 398 vom 19. Mai 1896; OLG. Dresden vom 20. November 1902, vom 6. April 1906 in Annalen des Kgl. Sächs. OLG. zu Dresden, Bd. 25, S. 252 und Bd. 27, S. 453; Jäger, KO., 3. u. 4. Aufl., S. 23; Peters, ZPO., Anm. g zu Abs. 1 d. § 766; Petersen-Kleinfeller, KO., S. 3; Schellhas, Die Konkurssachen in der gerichtlichen Praxis, S. 58; Voigt, Der Einfluss des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners, S. 112 ff.

[2]) Oetker, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 25, S. 17 ff.; v. Wilmowski-Kurlbaum, KO., S. 42; Siméon, Recht und Rechtsgang, Bd. 2, S. 523.

[3]) v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 42.

Bei der Entscheidung der Streitfragen ist also von dem Charakter des Verfahrens auszugehen. Indem Oetker (Zeitschr. f. dtsch. ZP. Bd. 25 S. 19) auf das Widerspruchsvolle der Anschauungen v. Sarwey-Bosserts hinweist, bemerkt er sehr richtig: „Entweder ist der Konkurs Zwangsvollstreckung, dann nur Einwendung aus § 766 ZPO. oder er ist es nicht, dann Klage gegen den Konkursverwalter."

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung des Konkursverfahrens[1]).

Um die wahre Natur des Konkursverfahrens feststellen zu können, erscheint ein Rückblick auf seine geschichtliche Entwicklung geboten.

Das Konkursverfahren war im älteren römischen Recht wesentlich mit der Zwangsvollstreckung identisch. An die Stelle der Personalexekution trat allmählich eine Vermögensexekution, die missio in bona. Durch öffentliche Bekanntmachung derselben wurde jedem anderen Gläubiger, der sie nicht vom Prätor erlangt hatte, ermöglicht, sich an dem Verfahren zu beteiligen. Das Vermögen des Schuldners wurde durch einen von den Gläubigern gewählten magister, neben welchen bereits ein curator vorkam[2]), als Ganzes mit sämtlichen dinglichen Rechten verkauft, und die Befriedigung der Gläubiger erfolgte durch den bonorum emptor nach Massgabe des Zuschlagpreises. Die Tätigkeit des Gerichtes beschränkte sich auf die Einweisung in den Besitz.

Ebenso gestaltete sich das Verfahren, bei der durch eine lex Julia gestatteten cessio bonorum, der freiwilligen Vermögensabtretung an die Gläubiger.

Im Anfang der Kaiserzeit wurde ferner die bisher

[1]) Vgl. dazu: Endemann, Das deutsche Konkursverfahren, S. 5/14; derselbe, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 12 S. 24/96; Fuchs, Der deutsche Konkursprozess, S. 1/10; Hellmann, Lehrbuch, S. 2 ff.; Kohler, a. a. O. S. 9/11. 23/29, 34/38, 52/54; L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, S. 3/20, 49/96; Stobbe, Zur Geschichte d. ält. dtsch. Konkursproz., S. 12, 13, 39/43, 49/51, 69.

[2]) Hellmann, Lehrbuch, S. 8, Anm. 6.

übliche venditio bonorum nach und nach von der distractio bonorum, dem Einzelverkauf, verdrängt. Die distractio nahm der curator bonis distrahendis vor, welcher ursprünglich von dem Prätor aufgestellt (Fr. 5 de curat. fur. dand. 27,10; Fr. 2 pr. de curat. bonis dand. 42,7)[1]), später von den Gläubigern gewählt wurde.

Das Justinianische Recht kennt missio wie cessio, doch ist letztere häufiger und von mehr Bedeutung. Bei ihr hat der Schuldner einen Offenbarungseid zu leisten, und mit ihr war jedenfalls die Abtretung aller Ansprüche des Schuldners verknüpft. Für die Gläubiger war zwecks Geltendmachung ihrer Ansprüche eine Ausschlussfrist (von 2 Jahren für praesentes, von 4 Jahren für absentes) bestimmt. Die Veräusserung des Vermögens erfolgte auf gerichtliche Anordnung, durch einen curator, indem es aber den Pfandgläubigern freistand, sich schon vorher aus ihren Pfändern zu befriedigen.

Anschliessend an das römische Recht und in seinem Sinne entwickelte sich in Italien das Konkursverfahren. Das Vermögen des Schuldners wurde beschlagnahmt und die Gläubiger befriedigten sich im wesentlichen selbst aus dem Vermögen.

In Deutschland gab es, da das Prioritätsprinzip für die Gläubiger galt, — wer zuerst kommt, mâlt zuerst — zunächst kein Konkursverfahren. Erst nachdem dieses Prinzip aufgegeben worden war, konnte von einer gleichheitlichen Verteilung des überschuldeten Vermögens die Rede sein.

Das Verlangen, alle Gläubiger gleichmässig zu befriedigen, führte in den deutschen Handelsstädten bald zur Beseitigung des Vorrechts der ersten Besetzung. Abgesehen von den Besonderheiten, welche den einzelnen Stadtrechten anhafteten, kam eine Art Arrestverfahren auf, welches die Beschlagnahme des Vermögens enthielt und bei Streitigkeiten unter den einzelnen Gläubigern exekutorisch endete.

[1]) Endemann, D. dtsch. Konkursverf., S. 8; Kohler, a. a. O. S. 9.

Im 17. Jahrhundert bildete sich, als das fremde Recht recipiert worden war, unter starker Beeinflussung durch das spanische Recht das gemeine deutsche Konkursverfahren nach dem Vorbild des labyrinthus creditorum des Salgado de Samoza aus.

Das bisher herrschende Selbsthilfeverfahren der Gläubiger wurde durch den Offizialbetrieb des Gerichts ersetzt.

Nach Prüfung der Konkursvoraussetzung in dem sogenannten präparatorischen Verfahren erging das decretum de aperiundo concursu. Daneben wurde der zunächst provisorische curator zur Konstituierung, Verwaltung und Versilberung der Aktivmasse bestellt und ein contradictor zur Feststellung der Schuldmasse ernannt. Die Feststellung der Richtigkeit der angemeldeten Forderungen geschah im Liquidationsverfahren, in welchem die säumigen Gläubiger durch Praeclusionsurteil ausgeschlossen wurden. In einem weiteren Abschnitte des Verfahrens wurde vom Konkursgericht über Verität und Priorität der angemeldeten Forderung ein Prioritätsurteil, der sententia graduationis entsprechend[1]), erlassen. Die Befriedigung der Gläubiger erfolgte erst, nachdem der Distributionsbescheid ergangen war.

Dieses schleppende Verfahren, in welches die Pfandgläubiger mit hineingezogen wurden und die Befriedigung der Gläubiger nach dem berühmten Fünfklassensystem erfolgte, wurde vereinfacht durch die landesrechtlichen Konkursordnungen des 19. Jahrhunderts.

Nach dem Vorbilde des französischen Konkursrechts, enthalten im Code de commerce 1807, livre 3, wurde die preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 erlassen, bis zu welcher die allgemeine Gerichtsordnung für die preussischen Staaten vom 6. Juli 1793 galt, welche wesentlich auf gemeinrechtlichen Grundsätzen beruhte. Die preussische Konkursordnung regelte besonders einen Konkurs für Nichtkaufleute, hierin abweichend vom französischen Konkursrecht, welches nur einen Konkurs für

[1]) Vgl. Kohler, a. a. O. S. 35.

Kaufleute kannte. Wie im französischen Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 werden die Gläubiger nicht mehr durch Praeclusionsurteil ausgeschlossen. Im Gegensatz zum gemeinen Recht ist ihrer Mitwirkung ein grösserer Spielraum gelassen und die Tätigkeit des Gerichts eingeschränkt.

Im Anschluss an die preussische Konkursordnung erging die Reichskonkursordnung vom 1. Oktober 1879, welche die nächste grössere Änderung durch das Abänderungsgesetz vom 17. Mai 1898 mit Einführungsgesetz erfuhr.

§ 3.
Charakter des Konkursverfahrens.

Wie sich aus der geschichtlichen Darstellung ergibt, hat sich das heutige Konkursverfahren aus der Zwangsvollstreckung entwickelt. Trotzdem behaupten eine Anzahl Schriftsteller und Kommentatoren[1]), dass es nicht Vollstreckungsverfahren, sondern nur ein Auseinandersetzungs- und Liquidationsverfahren sei. Sie folgen dabei den Motiven (Einleitung S. 9 und 12), welche den Konkurs für eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben erklären und eine gewisse Ähnlichkeit mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma als unverkennbar hinstellen. Diese Auffassung von der rechtlichen Natur des Konkurses ist m. E. nicht beizutreten.

Bildet auch das Feststellungsverfahren im Konkurse einen hervorragenden Bestandteil, so dient es doch nur einem höheren Zwecke, nämlich der Befriedigung der Konkursgläubiger, auf welche das ganze Verfahren abzielt. Die Gläubigerforderungen sollen im Konkurse zwangsweise verwirklicht werden. Dafür ist eine erforderliche Voraussetzung ihre Anmeldung und Feststellung. Ihr

[1]) Endemann, D. dtsch. Konkursverf., S. 4; Jäger, a. a. O. § 1, Anm. 50; Oetker, Konkursrechtl. Grundbegriffe, Bd. 1 S. 15 ff.; derselbe, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 25 S. 19; Petersen-Kleinfeller, a. a. O. S. 44; v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 18; Siméon, a. a. O. Bd. 2 S. 517.

Recht auf Teilnahme an der Befriedigung aus der Masse muss erst feststehen. Da es im Interesse eines jeden Gläubigers liegt, dass nicht eine Forderung ohne weiteres aus der Masse beglichen wird, soll derjenige Gläubiger, welcher Befriedigung aus der Masse verlangen will, seine Forderung bei dem Konkursgericht anmelden. Wird dann die zugelassene angemeldete Forderung im Prüfungstermin weder von dem Verwalter noch einem Konkursgläubiger bestritten, so wird sie damit stillschweigend anerkannt (RG. Bd. 55 S. 160) und gilt der Konkursmasse gegenüber als festgestellt. (§§ 144, 164 KO.). Eingetragen in die Tabelle, ist ihr das Recht, am Konkurse teilzunehmen, gewährleistet. (§ 145 KO.). Anmeldung und Feststellung sind somit nur Akte, welche dem Befriedigungsverfahren untergeordnet sind[1]), und eine gemeinschaftliche und gleichmässige Befriedigung ermöglichen.

„Dass die Feststellung der Liquidate nicht mehr im universellen Lokations- und Prioritätsurteil wie im gemeinen Recht erfolgt, also auch nicht eine auf dasselbe abzielende in dem Konkursprozess als solchen eingefügte Streitverhandlung stattfindet, sondern die Prozesse über Stand und Rang der Liquidate sich als relativ selbständige Feststellungsprozesse abspielen, nimmt der Gläubigeranmeldung nicht den rechtsverfolgenden, der Gläubigerbefriedigung nicht den Vollstreckungscharakter. Alles, was geschieht, ist lediglich Mittel zum Zwecke der Befriedigung der Gläubigerforderung, also per eminentiam Rechtsschutztätigkeit, nicht rechtsgeschäftliche Tätigkeit“[2]).

Der Konkurs ist daher Prozess[3]), denn er ist ja ein gerichtliches Verfahren und hat die Verwirklichung von privatrechtlichen Ansprüchen, von Geldforderungen der Gläubiger, zur Aufgabe.

Zivilprozess ist nämlich nicht nur der Inbegriff der-

[1]) Vergl. Engelmann, D. dtsch. ZP., S. 3.

[2]) Wach, Handb. d. dtsch. Zivilprozessr., Bd. 1 S. 46.

[3]) Engelmann, a. a. O. S. 3; Schmidt, Lehrb. d. dtsch. Zivilprozessr., S. 162; Schultze, D. dtsch. Konkursrecht in seinen jur. Grundlagen, S. 153/54.

jenigen Handlungen, welche zum Zwecke der richterlichen Feststellung, sondern auch derjenigen, die gegebenenfalls zur Durchführung privatrechtlicher Ansprüche in der vom Gesetz geregelten Weise vorgenommen werden. Diese Definition[1]) ist freilich mit der Ansicht unvereinbar, dass unter Prozess nur ein Rechtsstreit zu verstehen ist. Allein die Unhaltbarkeit dieser Begriffsbestimmung des Prozesses ergibt sich schon daraus[2]), dass der geltend gemachte Anspruch vom Gegner anerkannt werden kann und trotzdem auf Grund des Anerkenntnisses ein Urteil ergeht (§ 307 ZPO.), und dass ferner, selbst im Falle totaler Versäumnis seitens des Beklagten ein kontradiktorisches Urteil möglich ist (§ 331 ZPO.) und dass schliesslich ein erfolglos ausgepfändeter Schuldner zur Leistung des Offenbarungseides mit seinem Willen herangezogen werden kann (§§ 899 ff. ZPO.).

Der Konkurs ist auch im Sinne der Konkursordnung Prozess. Dies folgt aus § 72, welcher eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der Zivilprozessordnung vorschreibt. Der Konkurs gehört deshalb weder der freiwilligen Gerichtsbarkeit an, zu welcher ihn die Motive (Einl. S. 9 und 12) und Oetker (Grundbegriffe S. 33) mit Unrecht rechnen, noch liegt er auf der Grenze zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit. (Endemann, d. dtsch. Konkursverf. S. 3, Fitting, a. a. O. S. 8, Anm. 1.)

Da der Konkurs die Befriedigung der Gläubiger bezweckt[3]), und für seinen Gesamtcharakter wie in jedem Zivilprozess der Zweck das allein entscheidende ist, ist er Vollstreckung[4]). Dass einzelne Vorgänge in ihm Verwaltungsakte sind, ändert an seiner Vollstreckungsnatur

[1]) Welche Engelmann a. a. O. S. 1 gibt.

[2]) Vgl. Engelmann, a. a. O. S. 1; Schmidt, a. a. O. S. 162; Weismann, Lehrb. d. dtsch. Zivilprozessr., Bd. 1 S. 4, III.

[3]) Schmidt, a. a. O. S. 162; Wach, a. a. O. S. 49, Anm. 11.

[4]) Bunsen, Zeitschr. f. dtsch. Zivilprozess. Bd. 26 S. 256; Hellmann, Lehrbuch, S. 384, derselbe in Birkmeyers Encyklopädie, S. 715; Hellwig, Lehrb. d. dtsch. Zivilprozess, 1903, Bd. 1 S. 54; Kohler a. a. O. S. 3, V; Seuffert, dtsch. Konkursprozessr., S. 3.

nichts[1]). Dem Einwand Oetkers gegenüber a. a. O. S. 15,16, dass Rechtszwang die Rechtsfolge nicht rechtzeitiger Pflichterfüllung, dass beim Konkurs aber möglicherweise keine Forderung fällig sei, und das Fälligwerden betagter Forderungen erst durch die angebliche Zwangsvollstreckung eintreten würde, welche doch die nichtrechtzeitige Erfüllung voraussetze, meint Hellmann (in Birkmeyers Encyklopädie S. 750) zutreffend, es hindere nichts, den technischen Begriff „Zwangsvollstreckung" so zu fassen, dass unter demselben die ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners stattfindende Verwertung seines Vermögens zur Befriedigung seiner fälligen und nichtfälligen Schulden gestellt werde.

Im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung, beschränkt sich der Konkurs nicht auf einzelne Vermögensstücke, sondern umfasst das gesamte Vermögen des Schuldners. Man kann ihn daher „eine Generalzwangsvollstreckung"[2]) nennen. Er hat auch noch andere Eigentümlichkeiten. So werden die Konkursgläubiger nicht, je nachdem sie eher oder später zugreifen, sondern nach gesetzlicher Reihenfolge gemeinschaftlich befriedigt, was für die „konkursmässige Zwangsvollstreckung"[3]) charakteristisch ist. Eigentümlich ist diese ferner, wie Seuffert hervorhebt, insofern, als sie sowohl auf Verlangen eines Gläubigers, wie auch auf Antrag des Schuldners beginnen kann (§ 103 KO.). Objekt dieses Vollstreckungsverfahrens, das bloss wegen Geldforderungen (§§ 69, 70 KO.) stattfindet und daher mit der in der Zivilprozessordnung behandelten Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen verglichen werden kann, ist die Konkursmasse.

Wie die gewöhnliche Zwangsvollstreckung (§§ 704, 794 ZPO.), so setzt auch die Generalexekution einen Vollstreckungstitel voraus, nämlich den Eröffnungsbeschluss. Er ist ein eigenartiger Schuldtitel, weil die Gläubiger in ihm nicht wie sonst (§ 727 Abs. 1 ZPO.) namentlich bezeichnet sind, sondern er für eine unbestimmte Zahl von

[1]) Vgl. Bunsen, a. a. O. S. 256.

[2]) v. Bar, in v. Holtzendorffs Encyklop., S. 842; Wach, a. a. O. S. 543.

[3]) Seuffert, a. a. O. S. 3.

Gläubigern ausgestellt ist, er ein Titel „in blanco“[1]) genannt werden kann. Er ist nicht bloss der Form nach ein Vollstreckungstitel, weil er eine dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegende Entscheidung des Gerichts ist (§§ 109 KO., 794 Nr. 3 ZPO.), sondern auch seinem Inhalt nach, was Oetker (a. a. O. S. 50, 51) und Fitting (a. a. O. § 13 Anm. 53) leugnen; denn der Beschluss erfüllt das Erfordernis, welches man an den Inhalt eines Vollstreckungstitels[2]) stellt, nämlich es geht aus ihm hervor, dass einer Person gegen eine andere ein Leistungsanspruch zusteht. Da der Beschluss erlassen wird, nachdem der Eröffnungsantrag von Seiten eines Gläubigers oder des Schuldners oder der Aufsichtsbehörde gestellt worden ist (§§ 103, 104, 105, 107 KO., § 68 RGes. über die privaten Versicherungs-Unternehmungen vom 12. Mai 1901) und das Gericht daraufhin die Konkursvoraussetzung, die Zahlungsunfähigkeit, bezw. Überschuldung (§§ 102, 207, 209, 215 KO.[3]) und das Vorhandensein einer Mehrheit von Gläubigern[4]) geprüft hat, enthält der Beschluss insoweit eine Feststellung. Weil in ihm aber auch darüber entschieden wird, dass für alle Gläubiger, welche sich melden und die Feststellung ihrer Forderung betreiben, die konkursmässige Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner stattfinde, stellt der Eröffnungsbeschluss die Verpflichtung des Gemeinschuldners klar, die Generalvollstreckung in sein Vermögen zu dulden[5]).

[1]) Kohler, a. a. O. S. 63.

[2]) Vgl. Weismann, a. a. O. Bd. 2 S. 2.

[3]) Ausserdem § 63 RGes. betr. d. G. m. b. H. v. 20. April 1892 in der Fassung vom 20. Mai 1898, § 98 Genoss.-Ges. v. 1. Mai 1889 in der Fassung v. 20. Mai 1898.

[4]) Eine solche wird vom Gesetz vorausgesetzt, denn andernfalls könnte man nicht von einem „Gemeinschuldner“ reden und die Möglichkeit einer „gemeinschaftlichen“ Gläubigerbefriedigung, zu welcher die Konkursmasse nach § 3 KO. dienen soll, wäre nicht gegeben. Vgl. Endemann, d. dtsch. Konkursverf., S. 35, V; Hellmann, Lehrbuch, S. 128 f., derselbe in Birkmeyers Encyklop., S. 759; L. Seuffert, d. dtsch. Konkursproz., § 22; hiergegen RG. Bd. 11 S. 42; Kohler, a. a. O. S. 175/6.

[5]) Vgl. Voss, Leipziger Zeitschrift 1907, S. 276.

Der Konkurseröffnungsbeschluss ist demnach eine auf Leistung gerichtete Entscheidung[1]), somit gleichfalls seinem Inhalt nach Vollstreckungstitel.

Die Annahme dagegen, dass der Eröffnungsbeschluss dem Gemeinschuldner die Herausgabe seines Vermögens an den Konkursverwalter gebietet[2]), ist durch das Gesetz, insbesondere § 117 nicht gerechtfertigt. Aus der Art seiner Fassung und dem Wortlaut, der Konkursverwalter habe sofort nach der Konkurseröffnung die Masse in Besitz und Verwaltung zu nehmen, folgt, dass das Gesetz dem Konkursverwalter ein eigenes Recht[3]) zur Besitzergreifung der Masse gibt, für ihn sogar die Masse in Besitz zu nehmen zur Pflicht macht. Andererseits geht aus der Norm nicht hervor, dass eine positive Leistungspflicht des Gemeinschuldners gegenüber dem Konkursverwalter mit der Eröffnung des Verfahrens entsteht. Die Annahme einer solchen Pflicht widerspricht m. E. auch dem Grundsatz des Gesetzes, dass der Gemeinschuldner zu Arbeiten für die Masse nicht verpflichtet ist (Mot. S. 318, 351), sondern nur zur Auskunft und zum Wohnungszwang.

Vollzogen wird der Konkurseröffnungsbeschluss von dem Konkursverwalter als staatlichem Rechtspflegeorgan, welches mit der Durchführung des Konkurszweckes betraut ist. Die Stellung des Verwalters im Konkurse ist jedoch nicht unbestritten. Es sei deshalb gestattet, die verschiedenen Theorien in grossen Zügen zu behandeln.

§ 4.

Rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Während die einen wie wir ihn für ein staatliches Organ halten, sehen andere in ihm einen Vertreter.

Für die Annahme einer Vertretung fehlt es einerseits an einem erforderlichen Stützpunkte; denn weder Vollmacht noch sonstige Umstände, an welche das Gesetz

[1]) Vgl. Schultze, a. a. O. S. 153, Anm. 3.

[2]) Jäger, a. a. O. S. 24; Petersen-Kleinfeller, KO. S. 439; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 352.

[3]) Vgl. Hellmann, Lehrbuch, S. 435.

eine solche Macht knüpft[1]), lassen sich nachweisen. Andererseits werden die Erfordernisse, welche der Begriff der Vertretung stellt, nämlich „ein Handeln sowohl im Namen wie im ausschliesslichen Interesse einer oder mehrerer bestimmter Personen“[2]) nicht erfüllt.

Die meisten Schriftsteller betrachten den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners[3]).

Da Vollmacht die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht ist (§ 166 Abs. 2 BGB.), die Rechte und Pflichten des Konkursverwalters aber unmittelbar auf dem Gesetz beruhen (§§ 6, 36 KO.), kann der Konkursverwalter nicht als Bevollmächtigter des Gemeinschuldners gelten. Die Annahme einer Zwangsvollmacht aber ist, wie das Reichsgericht Bd. 29 S. 35 zutreffend bemerkt hat, eine blosse Fiktion und findet im Gesetz keine Stütze, weshalb der Konkursverwalter als gesetzlich bestellter Bevollmächtigter nicht aufgefasst werden kann.

Die neuere Theorie hat deshalb die Ansicht v. Wilmowskis, der Konkursverwalter wäre Zwangsbevollmächtigter, aufgegeben und bezeichnet ihn als gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners. Die Anhänger dieser Vertretungstheorie suchen ihren Hauptstützpunkt in § 6 KO.

Allein durch § 6 KO. wird nicht eine Vertretung des Gemeinschuldners angeordnet. Darauf hat das Reichsgericht in seiner berühmten Entscheidung vom 30. März 1892 Bd. 29 S. 29 ff., in welcher es mit den Vertretungstheorien gebrochen hat, unter näherer Begründung (a. a. O. S. 31) hingewiesen: „Der § 6 KO. sagt nur, dass der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges

[1]) Vgl. Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Vorbem. zu § 164.

[2]) Vgl. Fischer-Henle, a. a. O.

[3]) Endemann, Das deutsche Konkursverf., S. 423 ff.; Jäger, a. a. O. S. 82; Mandry-Geib, Der zivilrechtl Inhalt der Reichsges., S. 122 und 551 ff.; Petersen, Sächs. Arch., Bd. 1 S. 1 ff.; derselbe, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 18 S. 41 ff.; Petersen-Kleinfeller, a. a. O. S. 43 ff.; v. Wilmowski-Kurlbaum, a a. O. S. 27/28; Wolff, KO., S. 49 ff.; Dernburg, Preuss. Priv. R. Bd. 2 § 115, betrachtet ihn als Vertreter des Gemeinschuldners und der Gläubiger.

Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, verliert und das Verwaltungs- und Verfügungsrecht vom Konkursverwalter ausgeübt wird. Die Motive ergeben auch, dass der Gesetzgeber der Frage nicht präjudizieren wollte, als wessen Vertreter der Konkursverwalter aufzufassen sei. (Mot. S. 17 in Hahn, Materialien zur Konkursordnung S. 46.) Der § 6 hat nur die Bedeutung, Eingriffe des Gemeinschuldners in die Konkursmasse abzuwehren.“ Der von dem Gesetz beabsichtigte Zweck ist nur der, den Gemeinschuldner zu Gunsten der Konkursgläubiger in der Verfügung über die Konkursmasse zu beschränken.

Dass der Konkursverwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht als Recht des Gemeinschuldners ausübt, geht keineswegs aus dem Gesetz hervor. Von einer Ausübung fremden Rechts kann im Sinne des Gesetzes garnicht die Rede sein, da dem Gemeinschuldner durch § 6 Abs. 1 das Verfügungsrecht genommen wird. Die Ausführungen Jägers (a. a. O. S. 82, 83 Anm. 13, 14), gegen diese vom Reichsgericht (a. a. O. S. 32) ausgesprochene Ansicht, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verbleibe auch nicht „de iure“ beim Gemeinschuldner, werde demselben nicht lediglich „der Ausübung nach“ entzogen, sondern gehe ihm schlechtweg verloren, sind irrig. Er behauptet (S. 83), der Absatz 2 des § 6 sage nicht, dass der Konkursverwalter das Verwaltungs- und Verfügungsrecht „habe“, sondern nur dass er beide Rechte „ausübe“. In dieser Fassung weise der Absatz 2 deutlich auf eine Vertretung hin und gerade deshalb sei er den Gegnern so unbequem. Man beachte wohl, dass der § 36 – die zweite grundlegende Vorschrift über die Rechtsstellung des Verwalters – ganz übereinstimmend den Verwalter lediglich ermächtige, das Anfechtungsrecht „auszuüben“. Jäger fährt dann (S. 83 Anm. 14) fort, fasse man die beiden Absätze des § 6 zusammen, so erhebe sich die Frage, auf wen eigentlich die Befugnis übergehe, die der Schuldner nach Absatz 1 verliere. Die Antwort könne nur lauten: Auf den Verwalter. Da der § 6 – wie sein preussisches Vorbild den Ausdruck wechselnd – im ersten Absatz von der

„Befugnis“, im zweiten vom „Rechte“ der Verwaltung und Verfügung rede, läge die Annahme nahe, dass die verschiedenen Ausdrücke einen verschiedenen Sinn haben. So sei es in der Tat. Die Befugnis des Absatz 1 bedeutet „ausüben dürfen“. Nur sie, nicht das „Recht“ der Verwaltung und Verfügung verliere der Schuldner. Nur sie, nicht dieses Recht gehe auf den Verwalter über. Um klarzustellen, dass dem Verwalter nur eine stellvertretende Geltendmachung fremder Rechte anvertraut wäre, spräche Absatz 2 ausdrücklich von einer „Ausübung“ dieser Rechte, statt einfach den Übergang der „Befugnis“ des Absatz 1 auf den Verwalter zu verordnen, böte damit zugleich den Schlüssel für die Auslegung des Wortes „Befugnis“.

Zunächst sei der Nachweis erbracht, dass die beiden Wörter „Befugnis“ und „Recht“ vom Gesetz selbst identifiziert werden. Wie Jäger bereits hervorgehoben hat, hat der Gesetzgeber die beiden Ausdrücke aus der preussischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 übernommen. Dass er dies ohne besondere Absicht getan hat, ergeben die Motive (zu § 5 KO.), welche nie von dem Verluste der „Befugnis“, sondern stets von dem der „Verfügung“ oder „Disposition“ reden. Das Gesetz selbst entzieht dem Gemeinschuldner in § 6 mit der Eröffnung des Verfahrens die „Befugnis“, über die Konkursmasse zu verfügen, gibt ihm aber in § 206, wenn das Verfahren eingestellt wird, das „Recht“, über die Masse zu verfügen, zurück, ebenso durch § 192 im Falle eines Zwangsvergleichs, soweit derselbe nicht ein anderes bestimmt. Wenn das Gesetz bald von dem Verluste der Befugnis, bald von dem des Rechtes spricht, so folgt daraus, dass das Gesetz die beiden Ausdrücke Befugnis und Recht identifiziert, daher für den Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung den Verlust des Verfügungs-„Rechts“ verknüpft.

Aus der Fassung des Absatz 2 des § 6 lässt sich mithin auf eine Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter nicht schliessen.

Ebenso unrichtig ist es, gesetzliche Vertretung mit

der Begründung anzunehmen, der Konkursverwalter wäre nach § 6 Absatz 1 partiell geschäfts- und prozessunfähig[1]).

Der Gemeinschuldner wird nach § 6 der Konkursordnung mit der Konkurseröffnung nicht geschäftsunfähig; denn einerseits bleibt er erwerbsfähig, andererseits büsst er seine Veräusserungs- und Verpflichtungsfähigkeit in keiner Weise ein.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt der Wortlaut des Gesetzes. Es heisst in den §§ 6, 192, 206 nicht, der Gemeinschuldner verliert die Fähigkeit, über die Konkursmasse zu verfügen, sondern die Befugnis, bzw. erhält das Recht, über die Konkursmasse zu verfügen, zurück. Dem Gemeinschuldner wird bloss das „sachliche Verfügungsrecht“[2]), das Verfügen dürfen über die Konkursmasse, abgesprochen. Das Verfügenkönnen, „die persönliche Fähigkeit“[2]), selbst wirksame Geschäfte vorzunehmen, die eine Rechtsänderung enthalten, verbleibt ihm. Der § 7 der Konkursordnung erklärt daher die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam, nicht für allgemein nichtig, wie die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen (§ 105 BGB.) und gewisse Willenserklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen sind (§§ 107, 114 BGB.), vielmehr ähnlich wie im Falle des § 135 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Gunsten eines bestimmten Personenkreises diesem gegenüber für unwirksam, während die Rechtshandlungen für den Gemeinschuldner selbst und den Dritten, welcher nicht Konkursgläubiger ist, wirksam sind. Aus dieser relativen Nichtigkeit der Verfügung des Gemeinschuldners über Massegegenstände folgt daher, dass das Gesetz für den Konkursverwalter nicht zugleich mit dem Verluste der Verfügungsbefugnis eine Beschränkung der Veräusserungs-

[1]) Petersen-Kleinfeller, a. a. O. S. 49; Schultze, a. a. O. S. 85 ff.; Voigt, a. a. O. S. 5; Wach, a. a. O. Bd. 1 S. 543; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 28—30; Oetker, a. a. O. S. 319, der aber die Vertreterstellung des Konkursverwalters bekämpft.

[2]) Kiehl, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 30 S. 294.

und Verpflichtungsfähigkeit verbinden wollte. Der durch die Novelle zu § 7 der Konkursordnung gemachte Zusatz: „Die Vorschriften des § 892, 893 des Bürgerlichen Gesetzbuches bleiben unberührt“ beweist, dass der Gemeinschuldner im Sinne des bürgerlichen Rechts wohl in der Verfügung über die Konkursmasse beschränkt ist, seine Veräusserungs- und Verpflichtungsfähigkeit aber in vollem Umfange behält, da für Personen, welche in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, nicht der § 892 Abs. 1 S. 2[1]), sondern die §§ 107 – 114 des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten. Der Gemeinschuldner büsst demnach seine Geschäftsfähigkeit auch nicht im beschränktem Masse ein und bleibt deshalb (§ 52 ZPO.) voll prozessfähig.

Diese Ansicht bekämpft v. Wilmowski-Kurlbaum a. a. O. S. 28, indem er erklärt: „Insbesondere ist der Gemeinschuldner hinsichtlich der Konkursmasse nicht prozessfähig, weil er sich „insoweit“ d. h. hinsichtlich der Masse durch Verträge nicht verpflichten kann . . . die Unterscheidung, dass er auch für die Konkursmasse nicht die Dispositionsfähigkeit, sondern nur die Dispositionsbefugnis verliere, hat hier keine Bedeutung, wo nicht die allgemeine Geschäftsfähigkeit des Schuldners, sondern gerade nur die Befugnis, über die Konkursmasse zu verfügen, in Frage steht. Wem die Verfügung über sein zeitiges Vermögen, die Konkursmasse, untersagt ist, der ist im Sinne des rechtlichen Können und Dürfen für diesen Vermögensgegenstand im Sinne des § 52 der Zivilprozessordnung prozessunfähig.“

v. Wilmowski-Kurlbaums Erörterungen liegt eine Verwechslung der Verpflichtungsfähigkeit mit der Verfügungsbefugnis zu Grunde. Beide sind scharf zu unterscheiden. Die Verpflichtungsfähigkeit ist eine Eigenschaft und bildet die Grundlage für die Wirksamkeit der Rechtshandlungen hinsichtlich der Person, während die Verfügungsbefugnis Bedingung dafür ist, dass die Rechtshandlungen betreffs eines bestimmten Gegenstandes wirksam sind. An der

[1]) vgl. Jäger, a. a. O. S. 87.

Eigenschaft des Gemeinschuldners, sich verpflichten zu können, wird dadurch nichts geändert, dass die Rechtshandlungen in Ansehung der Massengegenstände keine Rechtswirksamkeit haben. Objekt der Verpflichtung ist die „Person" des Schuldners, was Jäger (a. a. O. S. 90, Anm. 30) unter Hinweis auf die Fassung der §§ 1375, 1399 des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Recht betont. Seine Person kann der Gemeinschuldner gemäss § 7 der Konkursordnung durch Rechtshandlungen, welche Vermögensstücke der Konkursmasse betreffen, selbst nach der Konkurseröffnung verpflichten und ist deshalb (§ 52 ZPO.) in Ansehung der Konkursmasse prozessfähig, wird infolgedessen durch die Eröffnung des Konkursverfahrens in seiner Prozessfähigkeit nicht beschränkt[1]), sondern verliert lediglich für die Prozesse, welche die Gegenstände der Konkursmasse betreffen, die Sachlegitimation (Mot. S. 1381).

Ferner meint Jäger a. a. O. S. 77, dass die Verbindlichkeit der Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner auf eine Vertreterrolle schliessen lasse. Allein die unmittelbare Wirkung jener Handlungen für und gegen den Gemeinschuldner ist die blosse Folge davon, dass der Konkursverwalter über die Rechte des Gemeinschuldners verfügt. So hat sich auch das Reichsgericht (Bd. 29 S. 30) treffend geäussert, diesem Argument sei keine selbständige Bedeutung beizumessen. Die Haftung des Gemeinschuldners aus den Verfügungen des Konkursverwalters, soweit sie überhaupt stattfinde, sei eine notwendige Folge des Umstandes, dass der Gemeinschuldner es sei, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet werde. Denn möge man das Konkursverfahren gestalten und die Stellung des Konkursverwalters konstruieren, wie man will, ohne den Grundsatz sei nicht auszukommen, dass die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend

[1]) Hellmann, Lehrbuch S. 246; Jäger, a. a. O. S. 90; Kohler, a. a. O. S. 176; Rintelen, Das Konkursrecht, S. 130; RG. Bd. 25 S. 17, Bd. 29 S. 32—34, Bd. 37 S. 400; abweichender Ansicht RG. Bd. 26 S. 68, Bd. 27 S. 113.

sein müssten. Wenn das Reichsgericht fortfährt, in diesem Sinne könne auch nicht bestritten werden, dass der Konkursverwalter den Gemeinschuldner vertrete, so erkennt es damit (gegen Jäger a. a. O. S. 77) eine Vertreterstellung des Gemeinschuldners im Sinne des Privatrechts nicht an, sondern hebt mit der einschränkenden Wendung „in diesem Sinne" noch den Gegensatz hervor, welcher zwischen der Stellung des Konkursverwalters und der eines privatrechtlichen Vertreters besteht.

Wie lässt es sich mit dieser Vertreterrolle des Konkursverwalters vereinbaren, dass er die Handlungen des Gemeinschuldners anfechten kann (§ 36 KO.)? Die Unhaltbarkeit der Auffassung, der Konkursverwalter vertrete den Gemeinschuldner, wenn er das Anfechtungsrecht ausübe, sehen die Anhänger der besprochenen Theorie zum Teil ein, sie suchen deshalb zu vermitteln und nehmen eine Doppelstellung des Verwalters an[1]).

Sie sagen, in Ausübung des Anfechtungsrechts sei der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger. Jäger (a. a. O. S. 83) beruft sich zur Begründung dieser Ansicht auf die Fassung des § 36 KO. und (a. a. O. S. 84) auf die §§ 2, 13 d. Anf.-Ges. Diese in Verbindung mit § 36 KO. ergeben jedoch nicht, dass dem Konkursverwalter ein fremdes Recht bloss der Ausübung nach überlassen ist, sondern aus ihm folgt nur der Verlust des Anfechtungsrechtes für die Gläubiger, soweit die Gläubiger ein solches ausserhalb des Konkurses nach § 2 Anf.-Ges. besassen. Der Konkursverwalter ist der Anfechtungsberechtigte und handelt kraft eigener Befugnis (RG. Bd. 52 S. 333)[2]).

Der Auffassung des Konkursverwalters als Vertreter des Gemeinschuldners widerspricht es endlich offenbar, dass der Konkursverwalter den Gemeinschuldner zur Leistung des Offenbarungseides laden (§ 125 KO.) und

[1]) Cosack, Das Anfechtungsrecht, S. 234; Jäger, a. a. O. S. 84; Voigt, a. a. O. S. 97 ff.; Wach, a. a. O. S. 543 ff., 589 ff.; vgl. auch: RG. Bd. 18 S. 394, Bd. 30 S. 73, Bd. 31 S. 43.

[2]) v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 178.

Sicherheitsmassregeln betreffs der Konkursmasse anordnen kann (§ 122 KO.)[1]).

§ 5.
Fortsetzung.

Aus diesen Gründen halten viele den Konkursverwalter für den Vertreter der Gläubiger[2]); teils wird er als Vertreter der einzelnen Gläubiger, teils der Gläubiger in ihrer Gesamtheit hingestellt.

Bevollmächtigter der Konkursgläubiger ist der Verwalter nicht, da er von dem Gericht ernannt wird (§§ 78, 110 KO.), die Konkursgläubiger zwar in der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung statt des ernannten eine andere Person wählen können, dem Gericht aber immer die Ernennung überlassen bleibt (§ 80 KO.).

Gegen eine gesetzliche Vertretung ist vor allem einzuwenden, dass der Konkursverwalter im Prüfungstermine das Recht hat, gegen die Forderungen der Konkursgläubiger Widerspruch zu erheben (§ 144 KO.) und gegen die Konkursgläubiger zu prozessieren.

Nimmt man eine Vertretung der einzelnen Gläubiger an, so würde sich für die praktische Durchführung der Vertreterrollen die grössten Schwierigkeiten ergeben, da die Interessen der einzelnen Gläubiger oft mit einander widerstreiten. Ausserdem ist eine Vertretung der einzelnen Gläubiger deswegen nicht denkbar, weil es sich erst während des Konkurses im Feststellungsverfahren herausstellt, wer Konkursgläubiger ist. Die Gläubigerschaft kann den Konkursverwalter in Anbetracht dessen, dass nur eine Vertretung bestimmter Personen zulässig ist, bloss ver-

[1]) Vgl. Hellmann, Lehrbuch, S. 633; derselbe in Birkmeyers Encyklopädie, S. 751; Ortmann, Inaug.-Diss.: Die rechtliche Stellung des Gemeinschuldners, Freiburg i. B. 1905, S. 56.

[2]) v. Canstein in Grünhuts Zeitschr., Bd. 9 S. 465 ff.; Hellmann, Lehrbuch, S. 632 f.; derselbe in Birkmeyers Encyklopädie, S. 753; Kohler, a. a. O. S. 57; J. W. Planck, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Bd. 1 S. 211, Bd. 2 S. 660; Seuffert, Konkursprozessr., S. 81 ff.

treten, wenn ihr Rechtspersönlichkeit zukommt. Für die Auffassung der Gesamtheit der Gläubiger als Rechtssubjekt ermangelt es jedoch jeder gesetzlichen Vorschrift[1]).

Wieder eine andere Theorie lehrt, der Konkursverwalter wäre Vertreter der Konkursmasse[2]). Diese Ansicht, die Konkursmasse werde von dem Konkursverwalter vertreten, scheint zunächst aus dem Dilemma, als wessen Vertreter der Konkursverwalter zu gelten habe, der richtige Ausweg zu sein. Vergegenwärtigt man sich jedoch, dass die Annahme einer solchen Vertretung bloss dann gerechtfertigt ist, wenn die Konkursmasse als selbständiges Rechtssubjekt anzusehen ist, so ist auch dieser Vertretungstheorie die Anerkennung zu versagen; denn die Konkursmasse ist weder juristische Person noch ein dieser ähnliches Gebilde, was insbesondere Hellwig behauptet. Nach ihm ist die Konkursmasse ein Vermögen, dessen Subjekt der Gemeinschuldner ist, welches aber in gewisser Beziehung als materiell selbständige Einheit behandelt wird und welchem in dieser Beziehung Rechtssubjektivität als zustehend gilt. Die Annahme dieser teilweisen Selbständigkeit ist m. E. schon deshalb abzulehnen, weil sie in einer Fiktion besteht und der Gesetzgeber die Fiktion nirgends aufstellt. Vor allem aber bleibt die Konkursmasse Eigentum des Gemeinschuldners (§ 6 Abs. 1 u. § 14 Abs. 1 KO.), hat deshalb in ihrem Eigentümer, dem Gemeinschuldner, ihr Rechtssubjekt und ist somit selbst Rechtsobjekt, also materiell unselbständig[3]).

Nirgends übt der Konkursverwalter seine Macht im Namen und Interesse einer bestimmten Person aus, sondern tut dies „im allgemeinen, jedenfalls nicht auf eine be-

[1]) Vgl. hierzu: Lippmann, Jherings Jahrb., Bd. 41 S. 115; Maguhn, Inaug.-Diss: Die rechtl. Stellung d. Konkursverw., Rostock 1901, S. 30; Ortmann, a. a. O. S. 57/60; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 26c.

[2]) Förster-Eccius, Theor. u. Praxis d. Preuss. Priv. R., Bd. 1 S. 801 f.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 228 f., 236 f., 248, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 1 S. 295 ff.; v. Völderndorff, a. a. O. Bd. 1 S. 39–41.

[3]) Gaupp-Stein, ZPO. S. 340; Jäger, a. a. O. S. 84, 16; Lippmann, a. a. O. S. 115; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 26c.

stimmte Person beschränkten Interesse“ [1]). Ihm kann auch deshalb eine Vertreterstellung nicht eingeräumt werden. Er ist vielmehr als staatliches Organ zu betrachten, als ein „im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ zur Durchführung des Konkurszweckes, der seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Rechte und Pflichten unmittelbar dem Gesetz entnimmt.“ So hat das Reichsgericht den Konkursverwalter in seiner Entscheidung vom 30. März 1902 Bd. 29 S. 29 ff. bezeichnet. Es behandelt ihn seitdem vorwiegend als ein öffentliches Organ[2]).

Seine Aufgabe ist es, unabhängig vom Willen aller Beteiligten, denen er für die Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen verantwortlich ist (§ 82 KO.), die Forderungen der Gläubiger durch praktische Ausführungen der konkursmässigen Zwangsvollstreckung zu realisieren. Ihm ist damit eine Funktion des Staates, dem es ja allein zusteht die Verwirklichung von Privatrechten herbeizuführen, übertragen. Man kann ihn daher als ein „staatliches Organ der Rechtspflege“ [3]) bezeichnen. Der Einwand Jägers (a. a. O. S. 82), danach wäre der Konkursverwalter ein Beamter, der die staatliche Rechtspflege ausübt, ist entschieden zurückzuweisen. Allerdings bekleidet der Konkursverwalter ein öffentliches Amt, da er vom Staate (§ 78 KO.) ernannt wird und seine Legitimation unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt, kraft staatlichem Auftrags handelt sowie vom Staate beaufsichtigt wird (§§ 83, 84 KO.). Aber der Konkursverwalter wird damit keineswegs Beamter; denn „nach anerkannten Grundsätzen des Staatsrechts kann der Staat die ihm zustehende Staatsgewalt nicht nur durch Organe, die als Beamte in

[1]) Fischer-Henle, a. a. O. Vorbem. zu § 164.

[2]) RG. Bd. 35 S. 81, Bd. 42 S. 86, Bd. 52 S. 140, Bd. 53 S. 193 u. 352, Bd. 54 S. 122, Bd. 55 S. 266, Bd. 58 S. 18. Derselben Meinung: Fischer, Preuss. Pr. R, S. 776; Gaupp-Stein, a. a. O. Bd 1 S. 133; Lippmann, a. a. O. S. 112 ff.; Oetker, a. a. O. S. 25 ff., 51 ff.; v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 65; Rintelen, a. a. O. S. 130; Siméon, a. a. O. S. 518; Thiele, Gruchots Beiträge, Bd. 39 S. 601 f.

[3]) Engelmann, a. a. O. S. 475; Kiehl, a. a. O. S. 302.

einem dauernden Dienst- und Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Staate stehen, sondern auch durch Personen, die nur für den Einzelfall dafür berufen werden, ausüben lassen[1])."

§ 6.

Möglichkeit eines Rechtsstreits zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter.

Hält man den Konkursverwalter für ein Organ der Rechtspflege, so steigt die Frage auf, ob der Konkursverwalter als solches im Sinne des Prozessrechts Partei sein kann, und daher der Gemeinschuldner, welcher partei- und prozessfähig bleibt, den Konkursverwalter verklagen kann. Diese Frage ist zu bejahen. Derselben Ansicht ist das Reichsgericht, welches dem Konkursverwalter eine eigene Parteistellung gewährt (Bd. 29 S. 29 ff., Bd. 35 S. 31)[2]) und sich dafür entschieden hat, dass der Gemeinschuldner gegen den Konkursverwalter bei dem Prozessgericht Klage zu erheben hat (Bd. 37 S. 400), wenn sich der Konkursverwalter ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers in den Besitz der Masse gesetzt hat und der Gemeinschuldner demnächst die Nichtzugehörigkeit einzelner Sachen wegen Unpfändbarkeit behauptet. Die Praxis des Reichsgerichts ist auf die Theorie nicht ohne Einfluss geblieben, wenn auch die Annahme einer eigenen Parteistellung des Verwalters zu der in der Theorie bisher üblichen romanistischen Auffassung des Parteibegriffs in Widerspruch steht. Man bezeichnete als Parteien diejenigen Personen, welche die Subjekte des im Prozess verhandelten materiellen Rechtsverhältnisses sind. Diese gemeinrechtliche Definition des Parteibegriffs trifft für das moderne Prozessrecht in den meisten Fällen zu, z. B. wenn der Kläger sein Eigentum oder sein Gläubigerrecht geltend macht, erweist sich aber bei näherer Betrachtung

[1]) Fischer-Schäfer, Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen, S. 485.

[2]) Bd. 52 S. 333; Reichsgericht vom 22. November 1902, J. W. 1903, S. 4 N. 7.

für das heutige Prozessrecht als zu eng; denn nicht bloss die aus dem Rechtsverhältnis berechtigten und verpflichteten Personen, sondern auch diejenigen, welche nur an dem fremden Recht ein eigenes Rechtsschutzinteresse haben, können Parteien sein. Sehr oft nämlich macht der Kläger einen ihm fremden Anspruch geltend. So der Ehemann bei der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechts, welches zum eingebrachten Gut der Frau gehört (§ 1380 BGB.). Das Bestehen einer Rechtsnorm, welche dem Kläger aus fremdem Recht die Berechtigung zur Prozessführung im eigenen Namen gibt, wird notwendigerweise vorausgesetzt, weil anderenfalls sein behauptetes Interesse nicht begründet wäre.

Ausserdem gibt es aber im modernen Prozesse Parteien ohne eigenes Rechtsschutzinteresse[1]), zu denen der Konkursverwalter zu rechnen ist. Er ist kraft seines Amtes selbst Partei, was Jäger a. a. O. S. 78 mit folgender Begründung bestreitet: „Im Sinne des positiven Rechts könne Partei offenbar nur ein Rechtssubjekt sein, auf welches die wesentlichen Parteivorschriften der Zivilprozessordnung anwendbar seien. Zum Prüfstein eigneten sich aber selbstverständlich nur diejenigen Sätze, die lediglich für die Partei und nicht zugleich für den gesetzlichen Vertreter gelten . . . . in diesen Sätzen ruhe die praktische Bedeutung des Parteibegriffs. Sie fänden aber sämtlich und zweifellos auf die Person des als solchen prozessführenden Konkursverwalters keine Anwendung. Im Sinne des positiven Prozessrechts könne er daher nicht als Partei gelten."

Was Jäger hier gegen die Annahme einer Parteistellung des Verwalters anführt, genügt nicht zur Widerlegung der Ansicht, dass der Konkursverwalter im Sinne des Prozessrechts Partei ist. Einerseits finden diese

[1]) Bunsen, a. a. O. S. 197 ff.; Gaupp-Stein a. a. O. S. 133c; Oetker, Konkursrechtl. Grundbegr., Bd. I S. 316 ff.; Siméon, a. a. O. S. 326; Stegemann, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 17 S. 326 ff.; Stein in Birkmeyers Encyklopädie, § 35.

Grundsätze, welche für die Parteien gelten, nicht ausnahmslos Anwendung. So wirkt das konstitutive Urteil und die Urteile in Ehe- und Kindschaftssachen für und gegen alle (§§ 629 Abs. 2, 643, 976 Abs. 3 verglichen mit § 325 ZPO.), so trifft die Prozesskostenpflicht in einzelnen Fällen andere Personen als die Parteien. (§§ 89 Abs. 1, 102, 326, 380 Abs. 1, 390 Abs. 1 ZPO.) Andererseits beziehen sie sich nur auf die Prozesssubjekte mit eigenem Rechtsschutzinteresse. So sind im Verfahren in Ehesachen, im landgerichtlichen Entmündigungss und Aufgebotsverfahren die Kosten gemäss §§ 637, 673, 975 ZPO. nicht vom Staatsanwalt zu tragen, sondern von der Staatskasse zu erstatten. Dass die Zivilprozessordnung dem Staatsanwalt, der zweifellos fremdes Interesse vertritt, eine eigene Parteistellung[1]) gewährt, folgt aus ihren Bestimmungen (§§ 632, 666, 669, 679, 684 Abs. 3, 686 Abs. 3, 974), insbesondere aus den §§ 636, 637, welche den Staatsanwalt als Partei bezeichnen. Ebenso wie der Staatsanwalt führt der Konkursverwalter den Prozess nicht auf seine Gefahr, weil ihn der Rechtsstreit nicht materiell berührt, ihm vielmehr die Parteirolle zwecks Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe zukommt. Die Urteile erlangen daher auch nicht gegen den Konkursverwalter Wirksamkeit, ähnlich wie das Urteil gegenüber dem Testamentsvollstrecker nicht wirksam wird, wenn es zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht oder über einen gegen den Nachlass gerichteten Anspruch ergeht und der Testamentsvollstrecker zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist (§ 327), obwohl den Testamentsvollstrecker die betreffenden Befugnisse aus eigenem Recht zustehen und er nicht wie der Nachlasspfleger Vertreter des Erben (Motive S. 111, in Hahn, Materialien z. ZPO. S. 106), daher selbst Partei ist.

[1]) Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. S. 134; Siméon a. a. O S. 326; Stegemann a. a. O. S. 356/357 und 366.

Der Konkursverwalter ist kraft seines Amtes Partei und ist daher sachlich legitimiert für Prozesse, welche die Konkursmasse betreffen. Da nun der Gemeinschuldner bezüglich der keinen Teil der Konkursmassen bildenden Vermögensstücke die bisherige Dispositionsbefugnis behält, ist demnach ein Rechtsstreit zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter wegen Nichtzugehörigkeit eines Vermögensstückes zur Masse möglich (RG. Bd. 37, S. 400). Für die Theorie, welche in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners sieht, entstehen hier bedenkliche Konstruktionsschwierigkeiten. Wird nicht eine allgemeine Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter angenommen, sondern nur eine solche in Ansehung der Konkursmasse, so ist mit Rücksicht auf die rechtliche Trennung des gemeinschuldnerischen Vermögens die Möglichkeit nicht zu verneinen, dass der Gemeinschuldner und Konkursverwalter als Rechtsgeschäftskontrahenten oder als Gläubiger sich gegenüberstehen können. Allein die Zulässigkeit einer Klage des Gemeinschuldners gegen den Konkursverwalter ist selbst durch diese Modifikation[1]) der Vertretungstheorie nicht zu erklären, wenn auch der Gemeinschuldner in verschiedenen rechtlichen Beziehungen sich gegenüber treten würde; denn verträte der Verwalter den Gemeinschuldner, so würden dem Gemeinschuldner in Prozessen, welche die Konkursmasse betreffen, die Kläger- wie Beklagtenrolle zufallen[2]). Beide Parteirollen wären in einem Rechtssubjekt vereinigt. Die Vereinigung beider Parteirollen in einer Person ist aber im Zivilprozess nicht möglich[3]), weil der contradictorische Prozess zwei gegenüberstehende verschiedene Ziele verfolgende Subjekte verlangt.

---

[1]) Jäger, a. a. O., Anm. 52 zu § 1; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 30 i.

[2]) Vgl. v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 66.

[3]) Siméon, a. a. O. S. 324; Stein, a. a. O. § 35; Wach, a. a. O. S. 532; vgl. RG. Bd. 2 S. 392 f.

§ 7.

Rechtliche Natur der Inbesitznahme der Konkursmasse durch den Konkursverwalter.

Ist auch die Frage gelöst, ob der Gemeinschuldner den Konkursverwalter verklagen kann, so steht immer noch die Frage offen, ob der Klageweg und nicht der Beschwerdeweg nach § 766 der Zivilprozessordnung bei Streitigkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter zu betreten ist, weil die Inbesitznahme der Massegegenstände ein Verwaltungsakt[1]) darstelle. Es ist somit die rechtliche Natur der Inbesitznahme der Masse durch den Konkursverwalter zu untersuchen.

Die Tätigkeit, welche der Konkursverwalter als Rechtspflegeorgan bei der Universalzwangsvollstreckung, dem Konkurse, ausübt, ähnelt der des pfändenden Gerichtsvollziehers bei der Einzelzwangsvollstreckung[2]). Er nimmt wie dieser die Sachen des Schuldners in Besitz, um sie für seine Gläubiger zu verwerten und diese aus dem Erlöse zu befriedigen (§ 117 KO.). Seine Macht Dritten gegenüber ist ebenso begrenzt wie die des Gerichtsvollziehers. Wie dieser Sachen, welche sich im Besitz Dritter befinden, nicht ohne deren Bereitwilligkeit zur Herausgabe pfänden darf (§ 809 ZPO.), so kann der Konkursverwalter von Sachen, die sich nicht im Besitz des Gemeinschuldners befinden und von dem Dritten nicht bereitwillig herausgegeben werden, nicht Besitz ergreifen, sondern muss gegen den Dritten auf Herausgabe klagen. Dies ergeben die Motive (S. 342)[3]). Findet der Konkursverwalter bei dem Gemeinschuldner faktischen Widerstand, so erwirkt er die Herausgabe des gemeinschuldnerischen Vermögens entweder durch Beantragung der Haft (§ 101 KO.) oder er zieht, weil der Eröffnungsbeschluss dem Gemeinschuldner die Verpflichtung zur Duldung der General-

[1]) RG. Bd. 37 S. 400.

[2]) Vgl. Bunsen, a. a. O. S. 257; Fitting, a. a. O. S. 171.

[3]) Vgl. Seuffert, a. a. O. S. 283; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 352.

vollstreckung auferlegt, gemäss § 892[1]) der Zivilprozessordnung den Gerichtsvollzieher hinzu. Dieser ist Beamter im Sinne des Strafgesetzbuchs (§ 359)[2]) und hat die vollkommendsten Mittel, um tatsächlichen Widerstand zu brechen (§ 758 ZPO.). Er tut dies nicht auf Grund der ihm vom Konkursverwalter behändigten Bestallungsurkunde (§ 81, Abs. 2 KO.), die Seuffert (a. a. O. S. 283) für genügend hält, sondern mit Rücksicht darauf, dass § 724 der Zivilprozessordnung eine vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels zum Beginne der Einzelzwangsvollstreckung verlangt, auf Grund einer ihm vom Konkursverwalter behändigten vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses (Mot. S. 340).

Der Konkursverwalter kann aber von Sachen des Gemeinschuldners ohne seine Mitwirkung und ohne seinen Willen Besitz ergreifen. Infolge seiner gesetzlichen Ermächtigung (§ 117 KO.) begeht er dabei keine verbotene Eigenmacht (§ 859 BGB.)[3]). Der Konkursverwalter kann sogar trotz Widerspruchs des Gemeinschuldners Besitz ergreifen. „Dies ist, wenn auch meist nicht gerade ausdrücklich, allgemein anerkannt“[4]). Ihm ist gleichfalls öffentliche Zwangsgewalt gegeben[5]), die er freilich nicht in so ausgedehntem Masse besitzt wie der Gerichtsvollzieher, das Vollstreckungsorgan der Einzelzwangsvollstreckung. Es hindert nichts, schon darin die Betätigung der staatlichen Vollstreckungsgewalt zu erblicken, dass der Konkursverwalter als Rechtspflegeorgan unabhängig von dem Willen des Gemeinschuldners und ohne dessen Mitwirkung die Masse zwecks Befriedigung der Konkursgläubiger in

[1]) Vgl. Fitting, a. a. O. S. 172; Hellmann, Lehrbuch, S. 435, Anm. 3; Voss, Leipz. Zeitschr. 1907, S. 276; dagegen Jäger, a. a. O. S. 24; Petersen-Kleinfeller, a. a. O. S. 439; v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 353; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 352.

[2]) Olshausen, Kommentar z. StGB., Bd. 1 S. 432, 527, Bd. 2 S. 1408.

[3]) Vgl. Jäger, KO. 1902, S. 497.

[4]) Fitting, a. a. O. S. 170, Anm. 52.

[5]) Vgl. Bunsen, a. a. O. S. 26, 259; Hellmann, Lehrbuch, S. 385, 389, 435; A. M. Jäger, S. 23, 24, Anm. 1.

Besitz zu nehmen und zu verwerten hat. Demnach ist der Konkursverwalter „ein der besonderen Rechtspflege des Konkurses eigenartig angepasstes, besonderes Vollstreckungsorgan der Rechtspflege – im weiteren Sinne[1]) –". Er übt im Generalvollstreckungsverfahren wie bereits gezeigt, eine zum Teil der des Gerichtsvollziehers analoge Tätigkeit aus. Wie dieser den Vollstreckungstitel der Einzelvollstreckung, so vollzieht der Konkursverwalter den des Konkurses, den Eröffnungsbeschluss[2]).

Dies tut er durch Heranziehung der Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners zur Konkursmasse. Seine Handlungen, durch die er die Gegenstände heranzieht, stellen gemäss § 117 KO. den Beginn der Generalvollstreckung dar[3]).

In Anbetracht dessen, dass der Konkursverwalter durch die Heranziehung der Gegenstände zur Masse den Eröffnungsbeschluss vollzieht und das Generalvollstreckungsverfahren einleitet, ist den Handlungen, durch welche die Heranziehung der Gegenstände zur Masse erfolgt, Vollstreckungsnatur[4]) nicht abzusprechen. Dem Wesen des Konkurses entsprechend haben sie Vollstreckungscharakter, da der Konkursverwalter den Gemeinschuldner durch die Inbesitznahme der Masse von der Einwirkung auf die zur Masse gehörigen Gegenstände ausschliesst und die Einbeziehung somit unmittelbar dem Zwecke des Konkurses, der Befriedigung der Konkursgläubiger, dient[5]).

Es ist demnach der Meinung des Reichsgerichts in

[1]) Kiehl, a. a. O. S. 303.

[2]) Vgl. Breslau v. 5. Februar 1902, Rechtspr. d. OLG., Bd. 4, Nr. 42.

[3]) Vgl. Bunsen, a. a. O. S. 258.

[4]) Vgl. Kohler, a. a. O. S. 236; Seuffert, a. a. O. S. 280; Siméon, a. a. O. S. 523 Anm. 6; OLG. Stuttgart v. 15. XI. 1894 in Seufferts Arch. Bd. 51 No. 249.

[5]) Ebenso ist die Verwertung der Masse im Hinblick darauf, dass sie zur Befriedigung der Konkursgläubiger vorgenommen wird, Vollstreckung. Vgl. OLG. Colmar v. 2. Aug 1895, Elsass-Lothr. Zeitschr. v. 1896 S. 30. Bolze Entsch. d. RG. vom 13. Okt./6. Nov. 1886, Bd. III S. 432 No. 1521.

seiner Entscheidung vom 19. Mai 1896 (Bd. 37 S. 398 ff.)[1]), es läge ein Akt der Verwaltungstätigkeit vor, wenn der Konkursverwalter ohne Mitwirkung des Gerichtsvollziehers selbst nach § 117 KO. die Masse in Besitz nimmt, nicht beizutreten. Deshalb ist die Frage, in welcher Weise der Gemeinschuldner Einwendungen über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse geltend zu machen hat, ob im Klagewege oder im Wege der Analogie nach § 766 ZPO. nicht folgendermassen zu beantworten wie es das Reichsgericht tut: „Hat der Konkursverwalter seine ihm durch § 117 KO. auferlegten Pflichten im Zwangswege gegen den Gemeinschuldner zur Durchführung gebracht, mithin auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses sich im Zwangsvollstreckungswege in den Besitz der Konkursmasse gesetzt, so können Einwendungen gegen einzelne Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers vom Gemeinschuldner nur im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. bei dem Vollstreckungsgericht angebracht werden. Hat dagegen der Konkursverwalter die Masse tatsächlich in Besitz genommen und dabei nach Behauptung des Gemeinschuldners ihm auch den Besitz solcher Sachen entzogen, welche nicht zur Konkursmasse gehören und daher der Verwaltung und Verwertung für die Gläubiger durch den Konkursverwalter nicht unterliegen, so bleibt es dem Gemeinschuldner unbenommen, seine bezüglichen Rechte gegen den Konkursverwalter im ordentlichen Wege Rechtens zur Geltung zu bringen."

Den Ausführungen des Reichsgerichts stimmt gleichfalls Siméon (a. a. O. S. 523, Anm. 6) nicht zu. Er erkennt die Inbesitznahme von Massegegenständen auch ohne Hilfe des Gerichtsvollziehers als Vollstreckungsmassregel im weiteren Sinne an, will aber die Streitigkeiten zwischen

[1]) Ihm folgend: OLG. Dresden v. 20. XI. 1902 u. v. 6. IV. 1906 in Annalen des Kgl sächs. OLG. zu Dresden, Bd. 25 S. 252 u. Bd. 27 S. 453. Jäger, a. a. O. S. 23; Petersen-Kleinfeller, a. a. O. S. 3; Rintelen, a. a. O. S. 119; Schellhas, a. a. O. S. 58; Voigt, a. a. O. S. 112 ff.

Gemeinschuldner und Konkursverwalter über Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse wegen der wirtschaftlichen Tragweite der hier zu lösenden Fragen ausschliesslich im Klagewege ausgetragen wissen.

Voss (Zeitschr. f. dsch. Z. P. Bd. 34, S. 226 ff. und Leipz. Zeitschr. 1907, S. 271) verwirft ebenso die Unterscheidung zwischen der Inbesitznahme einer Sache mit und ohne Zuziehung des Gerichtsvollziehers, spricht aber andererseits (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. Bd. 34 S. 229 ff. u. Leipz. Zeitschr. 1907 S. 275) der Heranziehung von Gegenständen zur Konkursmasse die Vollstreckungsnatur ab, wenn der Konkursverwalter nicht auf Grund eines von dem Gemeinschuldner zu duldenden tatsächlichen Zugriffs, sondern auf andere Weise in den Besitz einer Sache gelangt ist, die der Gemeinschuldner ihm streitig macht. Voss sagt, der Konkursverwalter handle hier nicht als Gegner des Gemeinschuldners, sondern als dessen durch das Gesetz aufgezwungener Vertreter. Diese Begründung ist nach unserer Auffassung von der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters nicht stichhaltig. Der Konkursverwalter führt als staatliches Rechtspflegeorgan des Konkurses die Generalzwangsvollstreckung aus. Seine Rechtshandlungen, welche der Inbesitznahme der Konkursmasse dienen, richten sich daher stets gegen den Gemeinschuldner[1]). Dem Gemeinschuldner steht daher nicht, wie Voss (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. Bd. 34, S. 229) behauptet, die Gesetzesvorschrift gegenüber, welche ihm die Berechtigung zur Verwaltung und Verfügung in Ansehung seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens abgenommen hat, sondern die Tätigkeit des Konkursverwalters, welcher bei dieser „den kategorischen Imperativ der Exekution, die Forderung, dass die Zwangsvollstreckung, die in § 3 der Konkursordnung der Konkursmasse gegebene Bestimmung sich vollziehe, vertritt“[2]). Ist somit, wie gezeigt, die Prämisse Voss' falsch, so ist daher auch sein Schluss unhaltbar,

[1]) Vgl. Bunsen, a. a. O. S. 252.
[2]) Lippmann, a. a. O. S. 113.

nämlich dass nur eine Vollstreckungshandlung vorliegt, wenn sich der Konkursverwalter selbsttätig auf Grund tatsächlichen Zugriffs den Besitz aneignet.

Im übrigen lässt sich noch gegen seine weitere Behauptung, dass die Einbeziehung von Rechten, da es an Rechten nach dem BGB. keinen Besitz gäbe, nicht den Besitzergreifungsakt darstelle (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. Bd. 34 S. 230, Leipz. Zeitschr. 1907 S. 273, 275) einwenden, dass der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck „in Besitz nehmen" nicht im strengen juristischen Sinne aufzufassen ist, sondern dem gewöhnlichen Sprachgebrauche entspricht[1]). Das ergibt das Gesetz, nach welchem sich der Besitzergreifungsakt auf das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen, nicht bloss auf die Sachen erstrecken soll. Wie ferner aus den Motiven (S. 340) folgt, drückt das Gesetz mit der Anweisung zur Besitzergreifung die nächste Aufgabe des Konkursverwalters aus, sich tatsächlich in die Lage setzen, durch welche er jeden Dritten, namentlich den Gemeinschuldner von der Einwirkung auf die zur Masse gehörigen einzelnen Gegenstände ausschliesst[2]). Da nun aber der Konkursverwalter, wenn er Berechtigungen durch Klage oder Aufnahme eines Prozesses (§ 10 KO.) zur Konkursmasse einbezieht, die Einwirkung des Gemeinschuldners auf diese umstrittenen Gegenstände ausschliesst, so stellt auch die Geltendmachung von Rechten einen Besitzergreifungsakt an der Masse im Sinne der Konkursordnung dar[3]).

Die Heranziehung von Gegenständen hat also stets dieselbe Natur, ob sie nun Ergreifung des Sachbesitzes oder Erhebung ausstehender Beträge oder Geltendmachung von Rechten in einem Rechtsstreit – durch Klage oder Aufnahme eines unterbrochenen Prozesses – ist[4]). Immer tritt der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner als

---

[1]) Vgl. v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 353; v. Völderndorff, a. a. O. § 107, Anm. e.

[2]) v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S 353.

[3]) Vgl. Voigt, a. a. O. S. 112.

[4]) Vgl. Jäger, a. a. O. S. 23.

eigenartiges Vollstreckungsorgan des Konkurses und daher als Gegner gegenüber. Stets vollzieht er durch die Einbeziehung von Gegenständen zur Konkursmasse den Eröffnungsbeschluss und macht von seinem Recht, sich in den Besitz des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens zu setzen, Gebrauch[1]).

§ 8.

Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter darüber, ob gewisse Gegenstände des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehören, gemäss § 766 ZPO. und §§ 72, 73 KO. durch Beschluss des Konkursgerichts.

Gegen die Ansicht, dass der Gemeinschuldner von dem Konkursverwalter die Herausgabe angeblich konkursfreier Gegenstände mittelst einer Erinnerung nach § 766 ZPO. verlangen kann, erhebt v. Wilmowski-Kurlbaum noch einen weiteren Einwand, indem er erklärt (a. a. O. S. 43): Aber auch im Falle der Zwangsvollstreckung könne § 765 ZPO. nicht angewandt werden, weil es sich nicht um die Art und Weise der Zwangsvollstreckung handele, sondern um den Inhalt des Titels. Der in dem Beschluss über die Eröffnung des Konkursverfahrens liegende Titel zur Zwangsvollstreckung gehe gegen den Gemeinschuldner auf Herausgabe des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens. Der Streit, was zur Konkursmasse gehöre, gehe um den Inhalt des Titels. Die Frage, was der Inhalt eines Urteils sei, könne jederzeit zum Gegenstand einer Klage gemacht werden.

Den Inhalt des Titels beträfe zweifellos der Streit, wenn der Eröffnungsbeschluss die Beschränkung der Generalvollstreckung auf die sogenannte Konkursmasse und die Bestimmung, was Konkursmasse sei, enthielte. Allein der Eröffnungsbeschluss spricht nicht aus, dass der

[1]) Vgl. v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 50 u. 78, OLG. Breslau v. 5. Februar 1902, Rechtspr. d. OLG., Bd. 4, Nr. 42.

Gemeinschuldner mit bestimmten Gegenständen haftet, nämlich den der Zwangsvollstreckung unterliegenden und ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehörigen Vermögensgegenständen. Deshalb handelt es sich beim Streit um die Zugehörigkeit eines Gegenstandes nicht um den Inhalt des Titels. Nicht das Amtsgericht, welches den Eröffnungsbeschluss erlassen hat, sondern das Gesetz bestimmt den Umfang der Konkursmasse. Wenn der Gemeinschuldner gegen die Einbeziehung der Masse Einwendungen wegen Nichtzugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes erhebt, so behauptet er lediglich, dass der Konkursverwalter dem Gesetz zuwider (§§ 1, 117 KO.) die Generalvollstreckung durchführt. Er bekämpft die prozessuale, nicht privatrechtliche Unzulässigkeit der Vollstreckung, möge er die Unpfändbarkeit oder den Neuerwerb der Vermögensstücke geltend machen.

Der Schuldner der Einzelzwangsvollstreckung, welcher die Pfändbarkeit von Gegenständen bestreitet, erhebt nach konstanter Rechtssprechung des Reichsgerichts Einwendungen gegen die Art und Weise der Vollstreckung. Die Zivilprozessordnung kennt nur drei verschiedene Einwendungen des Vollstreckungsschuldners, die im Sinne des § 766, solche gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst (§ 767) und solche gegen Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 732). Zutreffend bemerkt daher das Reichsgericht (Bd. 40 S. 366), dass die Einwendungen wegen Unpfändbarkeit unter eine dieser drei Arten fallen müssen, und, da sie zweifellos unter die §§ 732, 767 nicht zu subsumieren sind, notwendigerweise bloss Einwendungen im Sinne des § 766 sein können. Gleichgültig ist, ob der Schuldner die Unpfändbarkeit auf Bestimmungen der Zivilprozessordnung oder des materiellen Rechts stützt; denn für die Annahme, dass die rechtliche Natur der Einwendungen sich im letzteren Falle ändere, besteht kein Grund[1]). Durch Einwendungen wegen Unpfändbarkeit bekämpft demnach der Schuldner immer die

[1]) Vgl. RG. Bd. 40 S. 367, J.W. 1903, S. 50, Nr. 19, RG. Bd. 54 S. 309.

„Art und Weise“ der Vollstreckung[1]). Warum soll dies der Gemeinschuldner bei der Generalexekution nicht ebenfalls tun, behauptet er, gewisse Gegenstände seien unpfändbar und gehören deswegen nicht zur Konkursmasse (§ 1 KO.)? Hier anderen Erwägungen Raum zu geben und die Einwendungen des Gemeinschuldners wegen Unpfändbarkeit nicht ebenso wie bei der Einzelzwangsvollstreckung zu beurteilen, widerspricht offenbar dem Gesetzeswillen. Das Gesetz stellt durch § 72 KO. klar, dass die Generalexekution von ähnlichen Grundsätzen wie die Einzelzwangsvollstreckung beherrscht wird, und enthält keine Bestimmungen, aus welchen sich für die vorliegende Frage Abweichungen ergeben könnten. Gleichfalls Schutz gegen die Art und Weise der Vollstreckung beansprucht der Gemeinschuldner, wenn er die Nichtzugehörigkeit von Gegenständen wegen Neuerwerbs geltend macht. Er bestreitet hier auch die prozessrechtliche Befugnis der Konkursgläubiger auf Vornahme dieser Inbesitznahme; denn er bestreitet nur, dass ein bestimmter Teil seines Vermögens, der ihm erst seit der Konkurseröffnung gehöre, der Vollstreckung unterworfen sei, und nicht etwa, weil dieser Teil an sich nicht Objekt der Vollstreckung wäre, sondern weil das neu erworbene Vermögen, obwohl es ihm zustehe, aus Billigkeitsgründen der Generalexekution gesetzlich (§§ 1, 117 KO.) entzogen sei. Anders verhält es sich, wenn der Gemeinschuldner behauptet, der Vermögensgegenstand gehöre einem anderen und bilde deswegen nicht einen Bestandteil der Konkursmasse. In diesem Falle macht der Gemeinschuldner eine materiellrechtliche Einwendung; denn er bestreitet, dass der Gegenstand an sich Objekt der Vollstreckung wäre, erhebt eine Einwendung aus dem Rechte eines Dritten, welches diesem an dem betreffenden Gegenstande zusteht. Wie der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts in seinem Urteile vom

[1]) RG. Bd. 16 S. 319, Bd. 25 S. 335; Engelmann, a. a. O. S. 405; Petersen-Remelé-Anger, Kommentar z. ZPO. Anm. 4 zu § 766; Seuffert, Kommentar z. ZPO, Anm. c zu § 766; Weismann, a. a. O. Bd. II S. 89.

28. Juni 1898 (Bd. 42 S. 344) treffend bemerkt hat, kann der Vollstreckungsschuldner mit Einreden aus dem Rechte eines Dritten nicht gehört werden, da der Schuldner dem pfändenden Gläubiger gegenüber keine anderen Rechte hat als die auf den §§ 766, 767 ZPO. beruhenden und die auf § 771 ZPO. zu stützenden Rechte daher nur diese dritten Personen selbst geltend machen können. Analog muss man bei der Generalexekution dem Gemeinschuldner[1]), beansprucht der Gemeinschuldner die Herausgabe eines Gegenstandes, weil der Gegenstand nicht ihm, sondern einem Dritten gehöre und deshalb aus der Konkursmasse auszusondern sei, einen Rechtsbehelf versagen. Dem Dritten dagegen bleibt es unbenommen, seine Ansprüche auf Aussonderung gemäss §§ 43 ff. KO. geltend zu machen. Für die Frage, in welcher Weise der Gemeinschuldner einen Streit mit dem Konkursverwalter über Zugehörigkeit zur Konkursmasse auszutragen hat, kommen also nur die Einwendungen des Gemeinschuldners wegen Unpfändbarkeit und Neuerwerbs in Betracht. Hier aber handelt es sich um Einwendungen formeller Natur, um Einwendungen, welche einen Verstoss gegen die gesetzlichen Vorschriften über die Generalexekution rügen, also um Art und Weise der Vollstreckung[2]). Es liegen demnach keine Bedenken mehr vor, dass über die Frage, ob gewisse dem Gemeinschuldner gehörige Gegenstände zur Konkursmasse zu ziehen seien, gemäss § 766 ZPO. und § 72 KO. im Wege einer Erinnerung zu entscheiden sei.

Anzubringen sind die Erinnerungen aus § 766 ZPO. bei dem Vollstreckungsgericht. Dieses ist vorliegend nicht, wie Wolff (KO. S. 31) mit Recht betont, das nach § 764 Abs. 2 und § 828 Abs. 2 ZPO. zuständige Amtsgericht; denn die Vorschriften der Zivilprozessordnung finden auf das Konkursverfahren nur entsprechende Anwendung, so-

[1]) Vgl. Seuffert, Konkursprozessr. S. 281.

[2]) Seuffert, Konkursprozessrecht, S. 280; v. Völderndorff, a. a. O. S. 438; Wolff, Zeitschr. für dtsch. Zivilproz., Bd. 22 S. 227; Ders., Konkursordnung, S. 31.

weit sich nicht aus den Bestimmungen der Konkursordnung Abweichungen ergeben (§ 72 KO.).

Eine solche ergibt sich hier, da für das Konkursverfahren die Zuständigkeit des Konkursgerichts nach § 71 KO. ausschliesslich ist. Die Entscheidung über Streitigkeiten zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter, handelt es sich um Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Konkursmasse, gehört zum Konkursverfahren. Sie ergeht nämlich über Einwendungen des Gemeinschuldners gegen die prozessuale Zulässigkeit einer Massregel der Generalvollstreckung.

Es ist demnach gemäss § 72 KO. das Konkursgericht[1]) als das Gericht der Generalvollstreckung zuständig.

Das Konkursgericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden (§ 72 KO.). Seine Entscheidung fällt es daher, zumal da sie mit sofortiger Beschwerde anfechtbar ist (§ 73 KO.), durch Beschluss.

§ 9.
Ausschluss des Klageweges.

Der Gemeinschuldner hat aber nicht die Wahl, Einwendungen betreffs Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes im Wege des Beschlussverfahrens nach § 766 ZPO. oder im Wege einer Klage gegen den Konkursverwalter geltend zu machen. Der Ansicht Fittings (a. a. O. S. 75), der Gemeinschuldner dürfe gegen die Heranziehung eines Gegenstandes zur Konkursmasse, wenn sie durch Aufnahme des Prozesses von Seiten des Verwalters erfolgt, sowohl im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. als auch im Klagewege Abhilfe erstreben, ist deshalb nicht beizutreten.

Hinsichtlich der Einzelexekution ist der Grundsatz, dass der Schuldner vor dem Vollstreckungsgericht Einwendungen gegen Art und Weise der Vollstreckung nur

[1]) Vgl. Hellmann, Lehrbuch, S. 420 u. 435; Kohler, a. a. O. S. 236; v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 50; v. Völderndorff, a. a. O. S. 439; Wolff, KO. S. 31; OLG. Stuttgart v. 5. November 1894 in Seufferts Arch., Bd. 51, Nr. 249.

mit Ausschluss der Klage erheben kann in der Praxis schon wiederholt ausgesprochen worden[1]). Wie das Reichsgericht in seinem Urteil vom 3. Mai 1884 (Gruchot Bd. 28, S. 1164) und vom 22. April 1903 (RG. Bd. 54, S. 308) näher ausgeführt hat, ergibt sich dieser Grundsatz einerseits aus den Worten der Motive (S. 407 ff. zu §§ 617, 634–638 des Entw.): „Ohne Zusammenhang mit dem voraufgegangenen Rechtsstreit, vielmehr auf einer angeblichen Verletzung der für das Vollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften durch den Gerichtsvollzieher beruhend, zugleich ihrer Einfachheit halber für kollegialische Beratung ungeeignet, gehören sie ihrer Natur nach vor das den Verhältnissen am nächsten stehende Amtsgericht.“ Andererseits wird die Tatsache besonders hervorgehoben, dass bei der Beratung des Gesetzes in der Reichstagskommission der Regierungskommissar ohne Widerspruch erklärt hat (S. 361 Protokolle), es sei nicht die Absicht des Entwurfs, wegen des Verfahrens des Gerichtsvollziehers einen anderen Weg als den der Beschwerde zu eröffnen. Schliesslich wird die Aufstellung des obigen Grundsatzes noch dadurch gerechtfertigt, dass es sich im Falle des § 766 ZPO. regelmässig um Rechtsverletzungen handelt, welche durch das Verfahren des Gerichts oder des Gerichtsvollziehers entstanden sind, und vor allem durch die bestimmte gesetzliche Regelung des Verfahrens im Falle des § 766 ZPO. Der gleiche Grundsatz gilt modifiziert für die Generalvollstreckung. Steht dem Gemeinschuldner als Rechtsbehelf die Erinnerung nach § 766 ZPO. zu, so ist ihm der Klageweg verschlossen[2]). Dadurch, dass das Gesetz (§§ 72, 73 KO.) bei Anwendung des § 766 ZPO. für Einwendungen des Gemeinschuldners wegen Nichtzuhörigkeit zur Konkursmasse einen bestimmten Rechtsweg,

[1]) RG. Bd. 16 S. 348, Bd. 40 S. 366; J. W. v. 1889 S. 515, Nr. 7; 1903 S. 50, Nr. 19; Derselben Meinung: Falkmann, Zwangsvollstr., S. 378; Petersen-Remelé-Anger, a. a. O. S. 373; Seuffert, ZPO. S. 375; Siméon, a. a. O. S. 523.

[2]) Vgl. v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 50, Anm. 6; Siméon, a. a. O. S. 523, Anm. 6; v. Wilmowski-Kurlbaum, a. a. O. S. 43.

das Beschlussverfahren, vorschreibt, erklärt es einen anderen für unzulässig, es müsste denn wie die Zivilprozessordnung im Falle des § 768 den Parteien ausdrücklich ein Wahlrecht geben. Denn wenn die Entscheidung des Konkursgerichts ohne obligatorische mündliche Verhandlung ergeht, ist eine Entscheidung durch Urteil und damit eine Klage vor dem Konkursgericht ausgeschlossen. Andererseits kann vor einem anderen Gericht nicht geklagt werden, da die Entscheidung über den Streit zwischen Gemeinschuldner und Konkursverwalter, ob gewisse dem Gemeinschuldner gehörige Gegenstände zur Masse zu ziehen sind, Konkurssache[1]) ist, mögen die Gegenstände zu Gunsten des Gemeinschuldners oder aus wirtschaftlichen Gründen gesetzlich geschützt sein, und weil nach § 71 KO. das Konkursgericht für das Konkursverfahren ausschliesslich zuständig ist.

§ 10.

Frage der Anwendbarkeit des § 83 KO.

v. Wilmowski-Kurlbaum (a. a. O. S. 43) ist ferner der Ansicht, der Gemeinschuldner könne mittelst Beschwerde nach § 83 KO. eine Entscheidung des Konkursgerichts über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse und Herausgabe desselben herbeiführen. Dieser Rechtsbehelf ist dem Gemeinschuldner gegen den Konkursverwalter nicht zu geben. Die Aufsicht, welche das Konkursgericht nach § 83 über den Konkursverwalter ausübt, berechtigt es nicht, materiell in die Tätigkeit des Verwalters einzugreifen, ohne dass dieser in seinen Pflichten säumig ist. Die Motive sagen wörtlich (Hahn, Mater. Bd. 4 S. 281): „Keineswegs ist beabsichtigt, das Gericht durch Beilegung von Disziplinarbefugnissen indirekt zu einer oberen Instanz zu machen. Der bezeichnete Unterschied liegt darin, dass dasselbe niemals die Zweckmässigkeit sondern nur die Pflichtwidrigkeiten des Verwalters zu prüfen hat. Direkte

[1]) Vgl. v. Völderndorff, a. a. O. S. 439.

Verstösse gegen die gesetzlichen Vorschriften, grobe Vernachlässigung der Amtspflichten können von dem Gericht ohne Einmischung in die eigentliche Verwaltung wohl geahndet werden.“ v. Wilmowski-Kurlbaum (a. a. O. S. 308) und Wolff (KO. S. 277) behaupten, dass die Erwägungen der Motive im Gesetz keinen Ausdruck gefunden haben und bestreiten es, dass das Konkursgericht als Aufsichtsbehörde nur die Pflichtwidrigkeiten der Handlungen des Konkursverwalters zu prüfen hat. Sie berufen sich auf die §§ 99 u. 188 Nr. 2 KO., in denen das Gericht direkt angewiesen wird, die Interessen der Gläubiger, also die Zweckmässigkeit zu berücksichtigen. Dieser Einwand ist zurückzuweisen. Ist das Konkursgericht auch angewiesen, die Interessen der Gläubiger in gesetzlich besonders bestimmten Fällen zu berücksichtigen, so geht daraus noch nicht hervor, dass es dieses als Aufsichtsbehörde des § 83 KO. tut. Abgesehen von diesen Fällen, in denen dem Konkursgericht ein Eingriff in die Tätigkeit des Konkursverwalters gesetzlich gestattet ist, greift der Gesichtspunkt durch, dass das Konkursgericht im Geiste der Motive als Aufsichtsbehörde niemals die Zweckmässigkeit zu berücksichtigen hat. Es hat vielmehr als solches ohne Einmischung in die Tätigkeit des Konkursverwalters nur einzuschreiten, wenn der Konkursverwalter sich Pflichtwidrigkeiten hat zu Schulden kommen lassen, wie das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 30. Mai 1892 in Zivils. Bd. 29 S. 83 betont hat. Zur Vornahme bestimmter Handlungen, wie der Einbeziehung von Gegenständen zur Masse oder deren Herausgabe kann es den Konkursverwalter kraft seines Aufsichtsrechts (§§ 83, 84 KO.) nicht zwingen, solange nicht eine Pflichtverletzung vorliegt.[1]) Von einer solchen ist hier keine Rede, wenn der Gemeinschuldner die Zugehörigkeit eines Gegenstandes bestreitet, welchen der Verwalter als zur Masse gehörig behandelt. Für einen

[1]) Vgl. Jäger, 1902, S. 458; Petersen-Kleinfeller, a. a. O. S. 373; Landger. Dresden v. 14. April 1883, in Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 8 S. 491; OLG. Rostock v. 20. Oktober 1898 in Seufferts Arch., n. F. Bd. 25 S. 126.

derartigen Streit kommt daher § 83 KO. nicht in Betracht[1]), zumal da[2]) der pflichtmässigen Erklärung des Konkursverwalters gegenüber, dass er einen Gegenstand zur Konkursmasse rechnen müsse, eine Anweisung zur Herausgabe undenkbar ist.

Als Resultat der Abhandlung ergibt sich demnach, dass Streitigkeiten über Zugehörigkeit von Gegenständen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse ausschliesslich nach Analogie des § 766 ZPO. vom Konkursgericht durch Beschluss entschieden werden müssen.

[1]) Jäger, 3. u. 4. Aufl., S. 24; v. Sarwey-Bossert, a. a. O. S. 51.
[2]) Oetker, Zeitschr. f. dtsch. ZP., Bd. 25 S. 17.

Literaturverzeichnis.

Annalen des Königl. Oberlandesgerichts zu Dresden, Bd. 25 u. Bd. 27.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 62.

v. Bar: Zivilprozess in v. Holtzendorffs Encyklopädie, 5. Aufl., Leipzig 1890.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 3 und Bd. 22.

Busch: Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess, herausgegeben von Schultzenstein und Vierhaus, Bde. 8, 10, 12, 17, 18, 22, 26, 30, 34, 25.

Cosack: Das Anfechtungsrecht der Gläubiger. Stuttgart 1884.

Dernburg: Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. II, 5. Aufl., Halle a. S. 1897.

Endemann: Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889.

Engelmann: Der deutsche Zivilprozess, Breslau 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Bd. 2, 9, 11, 12, 16, 18, 22, 25—27, 29, 30, 31, 34, 35, 37, 38, 40, 42, 48, 52—55, 58.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. 2. Aufl. Berlin 1902.

Fischer: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.

Fischer-Schäfer: Das Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin 1902.

Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 7. Aufl. München 1906.

Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. Berlin 1904.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des Preussischen Privatrechts. 7. Aufl. 1896/97.

Fuchs: Der deutsche Konkursprozess. Leipzig 1877.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1906.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 28 und 39.

Grünhut: Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 9.

Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Berlin 1898.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.

Derselbe: Deutsches Reichskonkursrecht in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

Derselbe: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I. Leipzig 1903.

Jäger: Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. Berlin 1902.

Derselbe: Die Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl., Lief. 1. Berlin 1907.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 41.

Juristische Wochenschrift (Organ des deutschen Anwaltvereins), 1889, 1902, 1903.

Juristische Zeitschrift für das deutsche Reichsland Elsass-Lothringen 1896. Bd. 21, S. 30.

Kohler: Leitfaden des deutschen Konkursrechts für Studierende. 2. Aufl. Stuttgart 1903.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907.

Maguhn: Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters. Inaugural-Dissertation, Rostock 1905.

Mandry-Geib: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. 1898.

Mugdan: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. IV.

Ortmann: Die rechtliche Stellung des Gemeinschuldners. Inaugural-Dissertation. Freiburg i. B. 1905.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. I: Die Gläubiger. Stuttgart 1891.

Olshausen, J.: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 7. Aufl. 1905/6.

Peters: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1907.

Petersen-Kleinfeller; Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1901.

Petersen-Remelé-Anger: Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 5 Aufl. Lahr 1906.

Planck, J. W.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I, Nordlingen 1887. Bd. II, München 1896, 2. Abt.

Protokolle der Justiz-Kommission des Deutschen Reichstages, betreffend die Beratung des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Einführungsgesetzes bzw. der Zivilprozessordnung und des Einführungsgesetzes.

Rintelen, V.: Das Konkursrecht nebst Anhang betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen ausserhalb des Konkursverfahrens. 2. Aufl. Halle a. S. 1902.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von Hoffmann und Wulfert. Bd. I.

v. Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1901.
Schellhas: Die Konkurssachen in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1902.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schultze: Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen. Berlin 1880.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 9. Aufl. München 1905.
Seuffert, L.: Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts. 1. Abt. Nordlingen 1888.
Derselbe: Deutsches Konkursprozessrecht. Leipzig 1899.
Seufferts Archiv für die Entscheidung der obersten Gerichtshöfe. Bd. 51, 55 (N. F. 25).
Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. II. Berlin 1907.
Stein: Das Zivilprozessrecht in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.
Stobbe: Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses. Berlin 1888.
Voigt: Der Einfluss des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners. Leipzig 1903.
v. Völderndorff: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Erlangen 1884.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Bd. I. Leipzig 1885.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Stuttgart Bd. I 1903, Bd. II 1905.
v. Wilmowski-Kurlbaum: Die deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.
Wolff: Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1900

Abkürzungen.

A. M. = andrer Meinung; BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch; J. W. = Juristische Wochenschrift; KO. = Konkursordnung; Mot. = Motive zu dem Entwurfe einer Konkursordnung und dem Entwurf des Einführungsgesetzes (Drucksachen des Deutschen Reichstages, 2. Legislaturperiode, II. Session. 1874 Nr. 200); RG. = Entscheidungen der Reichsgerichts in Zivilsachen; ZPO. = Zivilprozessordnung.